

Il problema della libertà naturale in diritto romano

Riccardo Cardilli

Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Romano

Università di Roma "Tor Vergata", Italia



Ricevuto: Luglio 2019

Accettato: Luglio 2019

Citazione consigliata. CARDILLI, R. Il problema della libertà naturale in diritto romano, dA Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 10/3 (2019) - DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.449>

Resumen - *El problema de la libertad natural en el Derecho Romano*

El objetivo de este escrito es aclarar el significado jurídico de la afirmación del jurista romano Ulpiano (aprox. 170 d.C-228 d.C.), en el seno de una sociedad en la que se reconoció y se practicó ampliamente la esclavitud, según la cual ‘*utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita*’ (Ulp. 1.1 inst. D. 1. 1.4). La investigación se centra en el ámbito de los problemas jurídicos en los que aparece el sintagma *libertas naturalis* con anterioridad a Ulpiano, poniendo especial atención en algunos textos de Gayo (siglo II d.C.), procedentes de sus obras *Institutiones* y *Res cottidianae*. La importancia de la libertad natural se plantea, tanto respecto de las formas de pérdida de la propiedad sobre los animales silvestres capturados, como respecto de las formas de extinción de la esclavitud surgida de la guerra. Esto implica una especial toma de consideración de la afirmación de Ulpiano, que surge de una discusión entre juristas, de la cual se extrae su particular opinión respecto al valor que se debe reconocer a la *libertas naturalis* de todos los seres humanos, en el ámbito del *ius naturale* como modo de extinción de la esclavitud de guerra.

Palabras clave: Derecho Romano; Derecho Natural en el Derecho Romano; Libertad Natural

Abstract - *The Problem of Natural Freedom in Roman Law*

This paper deals with the legal meaning of the statement of the Roman jurist Ulpian (c. 170 AD-228 AD), in a society in which slavery was recognized and widely practiced, according to which ‘*utpote cum iure naturale omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita*’ (Ulp. 1.1 Inst. D. 1. 1. 4). The investigation focuses on the juridical problems in which the syntagma ‘*libertas naturalis*’ occurs before Ulpian, by analyzing some texts of Gaius (2nd century AD) from his works *Institutiones* and *Res cottidianae*. This has revealed a relevance of the natural freedom both in terms of the loss of domination over captured wild animals and in terms of ways of extinction of war slavery. This implies a consideration of the statement of Ulpian in a debate among the Roman jurists in which the particular position taken by this jurist stands out with respect to the value to be recognized to the ‘*libertas naturalis*’ of all human beings on the level of the Natural Law.

Key Words: Roman Law; Natural Law in Roman Law; Natural Freedom.

Riassunto

Il contributo si preoccupa di chiarire il significato giuridico della dichiarazione del giurista romano Ulpiano (ca. 170 d.C-228 d.C.), in una società nella quale la schiavitù era riconosciuta ed ampiamente praticata, secondo cui *utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset*

incognita (Ulp. 1.1 inst. D. 1. 1. 4). L'indagine si è concentrata sull'ambito dei problemi giuridici nel quale ricorre prima di Ulpiano il sintagma *libertas naturalis*, approfondendo alcuni testi di Gaio (II sec. d.C.) dalle sue opere *Institutiones e Res cottidianae*. Ne è emersa una rilevanza della libertà naturale sia rispetto ai modi di perdita del dominio sugli animali selvatici catturati, sia rispetto ai modi di estinzione della schiavitù di guerra. Ciò implica una considerazione dell'affermazione di Ulpiano all'interno di un dibattito tra i giuristi nel quale risalta la particolare posizione assunta da quest'ultimo giurista rispetto al valore da riconoscere alla *libertas naturalis* di tutti gli esseri umani sul piano del *ius naturale*, come modo di estinzione della schiavitù di guerra.

Parole chiave: diritto romano; diritto naturale nel diritto romano; libertà naturale.

1. Il problema della libertà naturale degli esseri umani nel diritto romano

Questo mio breve contributo, che è dedicato a Sebastiano Tafaro¹, vuole approfondire il significato della ricorrenza nelle fonti giuridiche della *libertas naturalis* in alcune riflessioni di Ulpiano, che, se ricollocate all'interno del contesto storico di loro maturazione, sono un momento significativo del sapere giuridico della nostra tradizione, in un'epoca ed in una società (quella romana antica dei secoli II e III d.C.) nella quale la realtà della schiavitù era solidamente riconosciuta sia nel *ius civile* che nel *ius gentium*.

2. La libertà naturale delle 'ferae bestiae', dei 'volucres' e dei 'piscis' in Gaio

Nelle *Institutiones* di Gaio, all'interno della *pars* dedicata alle *res*, si ricorda tra i modi di acquisto del *dominium* la cattura degli animali selvatici. In particolare, in *Gai. 2.66-69*², il giurista dell'età degli Antonini attrae nei modi di acquisto fondati sulla *ratio naturalis* tutto ciò che *occupando ideo consequi poterimus, quia antea nullius essent*. Gaio include in tale forma di acquisto tutto ciò che, non avente già un proprietario, sia catturabile sulla terra, nel mare e nell'aria (*qualia sunt omnia, quae terra mari caelo capiuntur*). In particolare, per Gaio rientra in questa forma di acquisto del *dominium* la cattura della *fera bestia*, del *volucer* e del pesce, acquisto, però, non caratterizzato da effetti definitivi e inderogabili, ma riconosciuto fintantoché si sia in grado, rinchiudendo o limitando l'animale, di custodirlo e trattenerlo nella nostra *custodia*.³ Qualora, invece, l'animale catturato riesca ad evadere dalla *custodia* impostagli dal *dominus* e sia in grado di ritornare nella sua libertà naturale (*in naturalem se libertatem receperit*),⁴ si estingue il dominio umano sull'animale,

¹ Sebastiano Tafaro, al quale desidero dedicare queste brevi riflessioni, ha prestato particolare attenzione al *ius personarum* nel diritto romano, con studi, successivi nel tempo, che gli hanno permesso una ripulitura concettuale della lettura delle fonti antiche dal rischio dell'astrazione e della prospettiva individualistica proprie della nozione di 'soggetto di diritto' nel diritto moderno. Vd. per un quadro di insieme dei risultati delle sue ricerche, TAFARO, S., *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo* (Napoli 2009).

² *Gai. 2. 66. Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquirentur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra mari caelo capiuntur. 67. Itaque si feram bestiam aut uolucrum aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit hoc animal, statim nostrum fit, et eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur; cum uero custodiam nostram euaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit: naturalem autem libertatem recipere uidetur, cum aut oculos nostros euaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit. 68. In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, ueluti columbis et apibus, item ceruis, qui in siluas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si reuertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium: reuertendi autem animum uidentur desinere habere, cum reuertendi consuetudinem deseruerint. 69. Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.*

³ Al riguardo, se ne è dedotta una caratteristica qualificata della custodia dell'animale selvatico, espressione del concetto originario di *possessio naturalis*; VON SAVIGNY, F.K., *Das Recht des Besitzes: eine civilistische Abhandlung*, (Wien 1865) 342-343; EXNER, A., *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht* (Wien 1867) 105-106. In Gaio, peraltro, la custodia, come è stato giustamente sottolineato, "non è presa in considerazione, ..., quale modo di mantenimento del possesso, ma trattando delle *ferae bestiae*, essa è rilevante al fine del mantenimento della proprietà sulla stessa"; POLARA, G., *Le 'venationes'. Fenomeno economico e costruzione giuridica* (Milano 1983) 111-112.

⁴ In dottrina si è accentuata la non identificazione dei due momenti temporali ed il protagonismo, per l'individuazione della perdita del dominio, dell'*in naturalem libertatem recipere* dell'animale; BARON, J., *Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 7 (1865) 38-165, in particolare 126 e n.140. È stato, altresì, giustamente notato che, pur evidenziando il rapporto tra la *evasio custodiae* e l'*in naturalem se libertatem recipere*, l'interesse di Gaio "a soffermarsi sull'individuazione dell'esatta dinamica temporale intercorrente tra le due categorie", è proprio il criterio dell'*in naturalem se libertatem recipere* a definire, senza ombra di dubbio sul piano della perdita del dominio, la esclusione di una pur latente

tornando questi alla sua condizione di *animal nullius*, suscettibile, nuovamente, di essere catturato da altri e ricadere così nel loro *dominium*.

Per gli animali selvatici che pur liberi, sono soliti ritornare dal proprio padrone (come le colombe e le api, o anche i cervi) vi sarebbe una regola meno rigida, nel senso che il *dominium* si perde quando venga meno l'*animus revertendi* dell'animale, concetto da intendersi in modo tipico, nel senso di abitudine dell'animale di tornare dall'uomo⁵.

A tale modo di acquisto del *dominium*, Gaio collega (*ea quoque*) quello delle *res e personae* catturate ai nemici (*ex hostibus capiuntur*), che pure diventano nostre in base alla *naturalis ratio*. La prospettiva è prevalentemente antropocentrica (*ceperimus, nostrum, nostra custodia, nostrum esse desinit, nostros oculos, in conspectu nostro*).⁶

Libertà naturale qui sembra voler indicare la natura libera, quale qualità innata di tutti gli animali, inestinguibile ed insopprimibile per gli animali selvatici, i pesci e gli uccelli, per i quali essa è solo attenuabile con l'addestramento (come nelle *bestiae mansuefactae*) oppure è comprimibile dalla necessità della cattura e dalla costrizione di cattività (per le *ferae bestiae*). Si ha il riconoscimento dell'istinto naturale insopprimibile degli animali selvatici, degli uccelli e dei pesci a vivere liberi e non in cattività, a differenza degli animali che, pur liberi, possono essere domati dall'uomo al fine del loro utilizzo prezioso nell'agricoltura (*animalia, quae collo dorsove domari solent*)⁷.

Nel discorso del Gaio delle Istituzioni, quindi, *captio* e *custodia*, da un lato, e *evasio custodiae* e *in libertatem se naturalem recipere*, dall'altro, costituiscono momenti temporali distinti, ma concettualmente compenetrati, i primi, nel profilo acquisitivo del *dominium* sugli *animalia nullius*, mentre, i secondi, nel profilo estintivo del *dominium* sugli *animalia capta*. La prospettiva è antropocentrica e potestativa, nel senso che il fenomeno è rappresentato dal punto di vista dei modi di acquisto (e di perdita) del *dominium* dell'uomo sull'animale. La libertà naturale dell'animale non è il fondamento giuridico degli effetti estintivi sul dominio, ma il momento finale di un ragionamento giuridico connesso alla ponderazione, nella prospettiva dei modi di acquisto e perdita del dominio, di fattispecie acquisitive di *ius gentium*, fondate sulla *ratio naturalis*.

L'ipotesi relativa alla preda di guerra (*ea, quae ex hostibus capiuntur*) è ricordata, nell'esclusiva prospettiva dei modi di acquisto del dominio, come accostabile a quella degli animali selvatici, in quanto anch'essa fondata sulla *ratio naturalis*. Nelle *Institutiones* di Gaio non vi è alcun richiamo ad un regime analogo per quanto riguarda i modi di estinzione del dominio su quanto preso ai nemici.

custodia del dominus; ONIDA, P.P., *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano* (Torino 2002) 436-438.

⁵ Su tali distinzioni e sui concetti richiamati si veda ora l'ampia disamina, con discussione della dottrina precedente, di ONIDA, P.P., *Studi sulla condizione degli animali non umani* cit., 414 ss.

⁶ Accentua la prospettiva di Gaio quale diretta a definire i limiti della *tatsächliche Sachherrschaft*, HORAK, F., *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo* (Innsbruck 1969) 151. Al riguardo ciò avrebbe avuto riflessi sul significato da riconoscere alla *libertas naturalis* di Gaio, quale espressione di una concezione materiale della libertà, secondo DIDIER, PH., *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine de I^{re} et III^e siècles*, in SDHI. 47 (1981) 195 ss., in particolare 209 e n. 89. In senso analogo, TALAMANCA, M., *L'antichità e i "diritti dell'uomo"*, in AA.VV., *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. In onore di P. Barile, Atti del Convegno Roma 16-17 novembre 2000* (Roma 2001) 41 ss., in particolare 74 e n. 123, parla di libertà di fatto, sottolineando altresì l'uso nei giuristi più antichi del termine *laxitas naturalis* (Proc. 2 epist. D. 41. 1. 55 e Pomp. in Ulp. 19 ad ed. D. 41.1.44).

⁷ La categoria degli *animalia quae collo dorsove domari solent* non può considerarsi come tale esclusa dalla libertà naturale innata. Ne è dimostrazione, oltre che il buon senso: 1) la prospettiva di Ulpiano che rappresenta in chiave evolutiva il rapporto tra *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*; 2) la *ratio* consuetudinaria insita nel *domari solent*; 3) l'argomento proculiano ricordato in Gai. 2.15 sul rapporto tra la considerazione di tali animali come *res Mancipi* e l'effettiva domatura (*Nervus uero et Proculus et ceteri diuersae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc uideri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem peruenerint, in qua domari solent*). La differenza giuridica sui modi di acquisto del dominio è data dal fatto che per tale categoria di animali, a differenza che per quelli selvatici, la fuga dalla potestà del padrone non ne estingue come tale il dominio, che è quindi un acquisto definitivo. Questa concezione emerge in un contesto consuetudinario nell'età arcaica rispetto alla distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, attraendo nel formalismo della *mancipatio* solo alcuni *animalia*, quelli da tiro e trasporto, quelli più preziosi per il *pater familias* nella gestione del fondo agricolo (*boves, equi, muli, asini*; Gai. 1.120). La inconferenza, a livello astratto, del criterio della domabilità dell'animale evoca, infatti, l'origine consuetudinaria (*domari solent*) concreta e storicamente contestualizzabile nella realtà agricola della Roma arcaica della categoria degli animali oggetto di *mancipatio*, il che spiega l'esclusione dalla categoria rispetto a specie di animali che a livello astratto avrebbero potuto rientrare nella categoria, in quanto domabili (capre, pecore, galline etc.), ma che non sono come tali funzionali ai lavori per la coltivazione del campo, come invece buoi, cavalli, muli ed asini. In tale prospettiva, si spiega anche il successivo dibattito tra i giuristi preclassici e classici sul perfezionamento della condizione di *res Mancipi* dei *boves, equi, muli, asini* (se alla nascita o all'effettiva domatura dell'animale; Gai. 2.15) e sull'inelasticità della categoria ad attrarre altre specie di animali suscettibili di essere addomesticati ed usati per il lavoro, specie sconosciute alla cultura italica arcaica (come gli elefanti e i cammelli; Gai. 2.16). Vd. sul tema, con posizioni non coincidenti, GALLO, F., *Studi sulla distinzione fra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'* (Torino 1958) 32 ss., 40 ss.; NICOSIA, G., *Animalia quae collo dorsove domari solent*, in *Iura* 18 (1967) 45 ss., in particolare 76 ss.; GUARINO, A., *Elefanti che imbarazzano*, in *Pagine di diritto romano*, II (Napoli 1993) 313 ss.; ROMEO, S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi* (Milano 2010) 103 ss.

Nei *Digesta* di Giustiniano si ha un lungo frammento delle *res cottidianae* di Gaio che dimostra come la linea di trattazione delle *Institutiones* sia stata in parte approfondita ed in parte modificata dallo stesso Gaio. Il frammento, palinogeneticamente ricostruito, non sembra avere lacune o salti al suo interno nell'uso che i giustinianeî ne fanno nella costruzione del titolo *de acquirendo rerum dominio*.⁸

Gaius 2 *res. cott.* (Lenel n. 491)

[Dig. 41.1.1pr.-1] *Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit. Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt:* [D. 41, 1, 3 pr.-2] *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.* [D. 41, 1, 5 pr.] *Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita si in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.* [D. 41, 1, 7 pr.] *Adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem deducantur: qui tamen, si evaserint hostium potestatem, recipiunt pristinam libertatem.*

La cattura degli animali selvatici, degli uccelli e dei pesci è trattata da Gaio nelle *res cottidianae* come primo modo di acquisto del *dominium*, a differenza che nelle *Institutiones* gaiane, dove seguiva i modi di acquisto *iure civili* (Gai. 2.18-65). La priorità viene peraltro specificatamente motivata dal giurista in base all'ascrivibilità dell'*occupatio* al *ius gentium* che avrebbe una origine più antica del *ius civile*.⁹

L'acquisto del *dominium* sugli animali selvatici, sugli uccelli e sui pesci attraverso la loro cattura viene nelle *res cottidianae* espressamente fondato sulla regola *quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*. Ulteriore approfondimento assente nelle *Institutiones* gaiane, è l'indifferenza del luogo della cattura per l'acquisto del *dominium*, si tratti o meno di un fondo in proprietà del cacciatore o di un fondo altrui, fermo restando lo *ius prohibendi* del proprietario di un fondo di impedire l'esercizio della caccia nello stesso, che pur determinando conseguenze sul rapporto tra cacciatore e proprietario del fondo, non impedisce l'acquisto al primo dell'animale catturato.

Confermata, invece, è la natura non definitiva dell'effetto acquisitivo della cattura, dovendosi questa accompagnare da una *custodia* dell'animale per impedirne la fuga. La fuga dell'animale, peraltro, deve permettere all'animale non solo di evadere dalla prigionia impostagli dal *dominus*, ma deve anche essere capace di fargli riconquistare la *libertas naturalis*, producendo solo in questo caso l'effetto di estinguere il *dominium* e di rendere quindi l'animale di nuovo suscettibile di cattura da parte di altri.¹⁰

Anche il Gaio delle *res cottidianae* segue un *iter* logico in base al quale la perdita del *dominium* sull'animale catturato è determinata dall'*in naturalem se libertatem recipere* dell'animale selvatico stesso, perdita che, a differenza della prospettiva di Nerva in Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.1,¹¹ non si fa coincidere con la perdita da parte dell'uomo del possesso naturale sull'animale, ma dalla riacquisizione da parte dell'animale stesso della sua libertà naturale, momento che viene concretamente determinato quando lo stesso non sia più visibile al padrone o anche, nel caso ancora sia visibile, ne sia difficile nuovamente la cattura¹². Dal punto di vista del regime concreto della perdita della proprietà sull'animale non vi è differenza, coincidendo perdita della *possessio naturalis* da parte dell'uomo, con la riacquisizione della *libertas naturalis* da parte

⁸ La commissione della massa sabiniana dei *Digesta*, infatti, inserisce nel lungo stralcio escerpito dalle *res cottidianae* di Gaio, tra gli altri, tre brevi frammenti di Fiorentino tratti dalle sue *institutiones*. Per quello che interessa in questa sede, va valorizzato il terzo inserto D. 41.1.6 (*item quae ex animalibus dominio nostro eodem iure subiectis nata sunt*), con il quale i giustinianeî evidenziano, grazie all'insegnamento di Fiorentino, che a differenza degli animali selvatici catturati, quanto sia *ex hostibus captus* diviene *statim* dei *capientes*, così come è *statim* l'acquisto dei nuovi nati, per i *domini* degli animali che li generano. Per la coerenza della concatenazione del frammento gaiano vd. esattamente TALAMANCA, M., *L'antichità e i "diritti dell'uomo"* cit., 74 n.121.

⁹ È un'idea che si trova già espressa in Nerva figlio dalla prospettiva dell'uomo e non dell'animale, in termini di *possessio naturalis* del primo sul secondo; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.1: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint: item bello capta...* Sul punto vd. POLARA, G., *Le 'venationes'* cit., 7 ss, e 8 s. n. 2; ONIDA, P.P., *Studi sulla condizione degli animali non umani* cit., 409 ss.; ROMEO, S., *L'appartenenza e l'alienazione* cit., 44 ss.; FERRETTI, P., *'Animus possidere'*. *Studi su 'animus' e 'possessio' nel pensiero giurisprudenziale classico* (Torino 2017) 31 ss.

¹⁰ Vd. su questa parte della testimonianza e sui problemi connessi, POLARA, G., *Le 'venationes'* cit., 117 ss.; ONIDA, P.P., *Studi sulla condizione degli animali non umani* cit., 435 ss.

¹¹ Vd. supra n. 9.

¹² Esattamente POLARA, G., *Le 'venationes'* cit., 125 ss.

dell'animale, ma dal punto di vista del ragionamento giuridico seguito vi è un ribaltamento di prospettiva, da una prospettiva di impossibilità di esercizio del potere da parte dell'uomo sull'animale, ad una prospettiva che è tutta concentrata sull'animale e la sua natura.¹³

A questo punto, se nel contesto istituzionale si collegava a quanto detto il regime della preda bellica come modo di acquisto del *dominium* fondato sulla *naturalis ratio*, nelle *res cottidianae*, pur seguendo lo stesso ordine di trattazione, si apre un approfondimento significativo proprio di quanto era stato appena detto sull'importanza della *captio* e della *custodia*, da un lato, e della *evasio* e dell'*in naturalem se libertatem recipere*, dall'altro, come momenti giuridicamente essenziali rispettivamente per l'acquisto e per la perdita del dominio dell'uomo sull'animale selvatico catturato. Gaio, infatti, attrae come esempio limite (*adeo quidem*) nella *ratio* di quanto appena detto, con riguardo agli animali selvatici, anche la caduta in schiavitù degli *homines liberi* catturati dai nemici e la stessa riacquisizione della loro libertà (*libertas pristina*) qualora riescano ad evadere dalla *potestas hostium*.

A differenza delle *Institutiones* gaiane, nelle *res cottidianae* non si ha solo un accostamento del modo di acquisto *iuris gentium* della cattura degli animali selvatici con la preda bellica sul piano dei modi di acquisto del *dominium* fondati sulla *naturalis ratio*, ma si ritiene di poter individuare momenti comuni di regime giuridico tra i due modi di acquisto del dominio anche per quanto riguarda la perdita del dominio stesso. Anche per gli *homines liberi* caduti in *servitutem* una volta catturati dai nemici, sarebbe possibile riacquistare la libertà sfuggendo alla *potestas hostium*. La diversa qualifica in questo secondo caso della *libertas* quale *pristina*, è probabilmente condizionata dal fatto che lo *status iuris gentium* dei *liberi* non riflette una condizione omogenea, ma (almeno da una visione romana) una sua divisione in *ingenui* e *libertini*. La libertà riconquistata con l'evasione dalla *potestas hostium* sarà quella che l'uomo libero, divenuto schiavo di guerra, aveva prima di cadere preda bellica, quindi egli sarà o *ingenuus* o *libertus*.¹⁴

La terminologia usata dalle *res cottidianae* al riguardo non è nuova ed evoca quanto le fonti attestano come effetto del *postliminium*¹⁵, istituto considerato dai romani di *ius gentium*¹⁶. Al riguardo, è significativo un testo di Pomponio, tratto dai suoi *libri ad Quintum Mucium*.

D. 11.7.36 Pomp. l. 26 ad Q. Mucium

Cum loca capta sunt ab hostibus, omnia desinunt religiosa vel sacra esse, sicut homines liberi in servitutem perveniunt: quod si ab hac calamitate fuerint liberata, quasi quodam postliminio reversa pristino statui restituuntur.

La testimonianza di Pomponio, sebbene collegata al tema del *postliminio*, proviene da altro libro (XXVI) dell'opera di Pomponio rispetto a quello nel quale il *postliminio* stesso è trattato (XXXVII). Esso realizza una similitudine per associazione di idee con il tema dell'estinzione dell'usufrutto del fondo in caso di inondazione e restituzione dello stesso in caso di deflusso delle acque (Pomp. l. 26 ad Q. Mucium)¹⁷.

¹³ Giusta la precisazione di POLARA, G., *Le 'venationes'* cit., 116. D'altronde un tale protagonismo è evidente anche nell'approfondimento del criterio dell'*animus revertendi*; vd. esattamente ONIDA, P.P., *Studi sulla condizione degli animali non umani* cit., 417 ss.

¹⁴ Per QUADRATO, R., *Hominum gratia*, in *Studi in onore R. Martini*, 3 (Milano 2009) 273 ss., in particolare 286-287, la *pristina libertas* sarebbe da interpretare come "libertà primitiva, originaria", coerentemente a quanto appena detto sulla *libertas naturalis* degli animali selvatici. Dubbioso a dare un significato temporale al *pristina* è CRIFÒ, G., *Semitae et vestigia libertatis*, in *Studi per G. Nicosia*, I (Milano 2009) 47 ss., in particolare 57 n. 57. Nel senso di una 'libertà' rinnovata la lettura dei Basilici (B. 50.1.6 pr.; Οὐτὼ γὰρ καὶ οἱ ἐλευθεροὶ δοῦλοι γίνονται· εἰ μὲντοι ἐκφύγῃσι, πάλιν ἐλεύθεροι γίνονται). Credo che, in ogni caso, il collegamento tra *naturalis libertas* dell'animale selvatico e la *pristina libertas* del *servus hostium* nel Gaio delle *res cottidianae* sia difficilmente controvertibile, fermo restando la diversa qualifica connessa al differenziato *status libertatis* (*ingenuus* o *libertinus*) degli *homines liberi*.

¹⁵ Per il collegamento di D. 47.1. 7pr. col *postliminium* vd. VOGEL, K.-H., *Zur rechtlichen Behandlung der römischen Kriegsgewinne*, in ZSS. 48 (1966) 394 ss., in particolare 398.

¹⁶ Sulla risalenza del principio della *occupatio* in materia di preda di guerra, si vd. Dion.Hal. IV, 19 e Polybius, X.17.1. Sul *postliminium* come istituto giuridico di *ius gentium* vd. per tutti ALBANESE, B., *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) 28 ss.; CURSI, M.F., *La struttura del 'postliminium' nella Repubblica e nel Principato* (Napoli 1996) 117 e 334-335, dove la studiosa romana evidenzia da un lato che l'istituto esiste a prescindere da accordi con comunità straniere, e d'altro lato, come i giuristi romani abbiano elaborato una ricca e complessa trama di regole in materia, specifiche del *ius civile*. Sulle conseguenze della cattura da parte del nemico del *civis* sul piano della conservazione o sospensione della sua posizione giuridica nella città, si vd. altresì il dibattito tra CURSI, M.F., *Captivitas* e *'capitis deminutio'*. La posizione del *'servus hostium'* tra *'ius civile'* e *'ius gentium'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II (Napoli 2001) 297 ss.; EADEM, Rec. a L. D'Amati, *Civis ab hostibus captus*, in *Iura* (2004-2005) 207 ss.; D'AMATI, L., *Civis ab hostibus captus* (Milano 2004); EADEM, *Servitus del civis ab hostibus captus. Ancora una riflessione*, in *Legal Roots* 2 (2013) 321 ss.; NICOSIA, G., *'Servus hostium'* e *'capitis deminutio'*, in *Index* 39 (2011) 273 ss.

¹⁷ Vd. al riguardo LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis* (Lipsiae 1886) II, 73 (D. 7.4.23 Pomponius 26 ad Q. Muc.: *Si ager, cuius usus fructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur usus fructus, cum etiam ipsa proprietate eo casu amittatur: ac ne piscando quidem retinere poterimus usum fructum. sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietate, ita et usum fructum restituendum dicendum est.*). L'uso in D. 11. 7.36 del *quasi* e di *proprietate* sono indicativi della paternità pomponiana.

Al caso dell'estinzione e della restituzione dell'usufrutto (così come della *proprietas*) del fondo per inondazione, Pomponio avvicinava i *loca religiosa vel sacra, capta ab hostibus* che, se caduti in mano dei nemici, perdono la loro condizione di *res sacrae* o *religiosae*. L'effetto modificativo sulla natura religiosa o sacra dei *loca capta ab hostibus* viene paragonato alla modifica della condizione degli *homines liberi* catturati dai nemici, i quali appunto perdono per tale ragione la libertà e cadono *in servitute*.¹⁸ Il paragone tra *loca* e *homines* è presente come riferimento indiretto del discorso, anche in rapporto al reintegro della condizione giuridica preesistente alla *captio*. Ne è prova, a mio avviso, l'avvicinamento al regime del *postliminium* (*quasi quodam postliminio reversa pristino statui restituuntur*), il quale per come è grammaticalmente a noi pervenuto non può che riguardare i *loca* che vengano nuovamente liberati dalla *calamitas* del giogo nemico, riacquistando la condizione giuridica iniziale (religiosa o sacra) per una sorta di *postliminium*.¹⁹ In questo caso, infatti, il paradigma preso a modello per il caso dei *loca* è quello del *ius postliminii* in caso di guerra riguardante gli *homines*.²⁰

La prospettiva del giurista è romano-centrica, nel senso che guarda all'ipotesi dei *loca* ed al paragone con i *captivi* da una prospettiva romana. Illuminante l'accostamento all'ipotesi dei *homines liberi* che catturati dai nemici cadono in schiavitù, ma che, se liberatisi, tornano ad essere *homines liberi*. Il significativo uso del sintagma *pristinus status* potrebbe essere proprio l'indizio dello sforzo di Pomponio di descrivere l'effetto restitutorio ricordato per i *loca* partendo dalla prospettiva in materia propria degli *homines*.

Importante al riguardo l'evidenziazione del criterio della *reversio*, propria della logica che sostiene il *postliminium* di guerra relativo agli *homines*, che esteso ai *loca* va inteso in senso metaforico, di loro ritorno nel controllo dei Romani. Il criterio della *reversio* è conseguente, infatti, alla logica tipica del *ius postliminii*, logica che può essere espressa in termine di riacquisizione della condizione giuridica del cittadino al rientro nel *limen*.²¹

D'altronde, nelle Istituzioni giustinianee, il paragrafo corrispondente a D. 41.1.7 pr., esprime un concetto simile a quello delle *res cottidianae*²², sostituendo però alla *pristina libertas* di Gaio il sintagma *pristinus status* e aggiungendo proprio la *reversio ad suos* come ulteriore condizione alla *evasio* dalla *nostra potestas*.

I. 2.1.17

Item ea quae ex hostibus capimus iure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

La *ratio* che fonda il riconoscimento della riacquisizione della libertà nei testi esaminati, pur nelle diverse sfumature e nei contesti specifici individuati, è caratterizzata da un'idea comune. La libertà riacquisita è l'effetto giuridico di meccanismi restitutori conseguenti all'evasione del *captivus* ed al suo ritorno in patria e non la ragione fondante di tale riconoscimento.

Soltanto nel Gaio delle *res cottidianae* l'accostamento dei *captivi* con l'ipotesi della estinzione del dominio sugli animali selvatici che ritornino alla loro libertà naturale, sembra permettere un collegamento, nel ragionamento del giurista, tra la perdita della *potestas hostium* sul *servus* con la riconquista della sua *pristina libertas*.

Riesamina approfonditamente, ora, la testimonianza di D. 11.7.36 (e D. 7.4.23), in rapporto anche all'opera dei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola in materia di *postliminium*, STOLFI, E., in FERRARY J.L.-SCHIAVONE A.-STOLFI, E., *Quintus Mucius Scaevola Opera* (Roma 2018) 300-301 n. 603.

¹⁸ Di "paragone" parla CURSI, M.F., 'Captivitas' e 'capitis deminutio' cit., 305, e 307-308.

¹⁹ Il *quasi quodam postliminio* è coerente ai *loca religiosa* e *sacra*, in quanto il *postliminio* si applica a cose mobili e persone umane. Non può sostenersi che la protasi *si ab hac calamitate fuerint liberata* non sia relativa ai *loca*, ma agli *homines liberi* come mi pare sostenga BARTOSEK, M., *Captivus*, in BIDR. 57-58 (1953) 98 ss., in particolare 129, che collega direttamente il *pristino statui restituere* agli *homines*. Significativo nella scrittura di Pomponio la corrispondenza tra *proprietas restitui* di D. 7. 4. 23 e *pristino statui restitui* di D. 11.7.36.

²⁰ Si vd., al riguardo, le conclusioni di CURSI, M.F., *La struttura del 'postliminium'* cit., 327 ss., ove si accentua un "mutamento nel criterio di operatività del *postliminio*: legato nell'età più antica al materiale superamento del *limen* romano da parte del *civis* che rientri in patria, l'istituto si viene configurando, già alla fine della repubblica quale diritto al recupero dell'originaria posizione all'interno della comunità di appartenenza".

²¹ Sul valore locativo del *post* nel costruito *postliminium* presente nelle fonti più antiche in materia si vd. CURSI, M.F., *La struttura del 'postliminium'* cit., 328.

²² Va evidenziato come la prospettiva gaiana descriva il regime giuridico dal punto di vista dei *liberi homines* caduti *in servitute*, mentre quella delle istituzioni imperiali lo descriva dal punto di vista dei *domini*. Per questo motivo, più che per una svista, PEROZZI, S., *Se la relazione sulle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D. 41.1.7 §7 sia di Gaio*, in *Rendiconti Istituto Lombardo (Storia del diritto)*, XXIII (1890) 504 = *Scritti giuridici*, I (Milano 1948) 253 ss., in particolare 259, riteneva che D. 41.1.7 pr. non avesse piena corrispondenza nelle Istituzioni imperiali.

3. Libertà naturale in Ulpiano

La dottrina che ha affrontato la questione oggetto di questo breve contributo, parte di solito dal famoso passo delle *institutiones* di Ulpiano ora in D. 1.1.4, orientandosi verso una considerazione di irrilevanza dal punto di vista giuridico del concetto di *libertas naturalis* degli esseri umani, in quanto espressione di una mera affermazione di una libertà fattuale. Tale conclusione sarebbe avvalorata nella dottrina dominante dalla inconcludente rilevanza del riconoscimento di una libertà naturale di tutti gli esseri umani sul piano degli effetti giuridici, in quanto dal riconoscimento di tale libertà non se ne sarebbe mai tratta nell'esperienza romana alcuna conseguenza sul piano del *ius*, conservando la schiavitù a Roma, come peraltro nel mondo antico, un ruolo fondamentale.

Va detto che tale tipo di lettura proposta in dottrina è spesso collegata a considerazioni analoghe che coinvolgono la stessa nozione ulpiana di *ius naturale* come sfera di *ius* comune degli *animalia* umani e non umani.

Mi sembra, però, che quanto emerso nel paragrafo precedente permetta di collocare l'affermazione ulpiana in un contesto nel quale il giurista severiano scelga consapevolmente di cogliere un regime giuridico differente a seconda ci si ponga nella prospettiva del *ius gentium* o in quella del *ius naturale*, sviluppando il filone interpretativo del Gaio delle *res cottidianae*, ricollocandolo, però, all'interno della costruzione ulpiana di una nuova categoria di *ius*, appunto il *ius naturale*, quale sfera giuridica che contiene *quod natura omnia animalia docuit* (D. 1. 1. 1. 2)²³.

D. 1, 1, 4 Ulp. 1. 1 *inst.*

Manumissiones quoque iuris gentium sunt. est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi.

Ulpiano nelle sue *institutiones*, dopo aver definito il *ius* (D. 1.1.1 pr.), la *iurisprudentia* (D. 1.1.1.1), e, nell'ordine, la distinzione tra *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile* (D. 1.1.1.3), affronta il diritto delle *personae*, confermando che l'ordine sistematico acquisito con le *institutiones* gaiane fosse oramai seguito nel genere istituzionale. Lo stralcio delle sue istituzioni ora in D. 1.1.4, in base al confronto con l'ordine seguito nelle *Institutiones* giustiniane (I. 1. 5 pr.) dove il passo di Ulpiano è inserito dopo *Gai.* 1.11, è escerpito probabilmente dalla parte dedicata ai *libertini*.²⁴

La prospettiva di Ulpiano è attenta a ricollocare la *summa divisio liberi-servi* nel corpo normativo di riferimento, ritenendola – pur presente anche sul piano del *ius civile* – come propria del *ius gentium*. Tale collocazione diventerà visione dominante nei giuristi successivi, come Marciano²⁵ e Trifonino²⁶ dimostrano.

A questa affermazione di principio, Ulpiano contrappone subito la diversa conclusione a cui si deve arrivare se si guarda alla cosa nella prospettiva del *ius naturale*, nell'ambito del quale tutti gli esseri umani nascono liberi e la manomissione stessa non sarebbe nota in quanto sconosciuta la stessa schiavitù. La successiva emersione nel *ius gentium* della schiavitù, avrebbe quindi anche dato origine al beneficio della manomissione. Qui Ulpiano sembra rileggere in chiave storicamente stratificata la problematica, ponendo il *ius naturale* come momento di origine, e la distinzione tra liberi e schiavi come successiva (*posteaquam*) e propria del *ius gentium*²⁷. Prima dell'introduzione della *divisio liberi-servi*, nel diritto delle persone esisteva un *genus* unitario, quello degli *homines*.

La considerazione della naturale condizione di libertà degli esseri umani quale attratta nella sfera di

²³ Si vd. ora, per una rilettura della concezione ulpiana di *ius naturale* tesa a liberarla dalle incrostazioni positivistiche, per ricollocarla nel suo contesto storico e nel suo più ampio significato giuridico, ONIDA, P.P., *Prospettive romanistiche del diritto naturale* (Napoli 2012) 83 ss.

²⁴ Esattamente, TALAMANCA, M., *L'antichità e i "diritti dell'uomo"* cit., 71.

²⁵ Marc. 1 *inst.* D. 40.11.2: *Interdum et servi nati ex post facto iuris interventu ingenui fiunt, ut ecce si libertinus a principe natalibus suis restitutus fuerit. illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset. hic enim, quantum ad totum ius pertinet, perinde habetur, atque si ingenuus natus esset, nec patronus eius potest ad successionem venire. ideoque imperatores non facile solent quemquam natalibus restituere nisi consentiente patrono.*

²⁶ Tryph. 7 *disp.* D. 12.6.64: *Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intellegenda est.*

²⁷ Vd. al riguardo TAFARO, S., *Ius hominum causa* cit., 162 ss.

contenuto propria del *ius naturale* è una affermazione innovativa, rispetto alla tradizione giurisprudenziale precedente, nella quale – come abbiamo visto – la *libertas naturalis* è funzionale, nell’ambito dei modi di acquisto del *dominium* fondati sulla *ratio naturalis* e rilevanti *iuris gentium*, a definire il momento di estinzione del dominio stesso e la riacquisizione da parte dell’animale selvatico della sua condizione di *animal nullius*. Uno spunto nella direzione che assume Ulpiano nelle sue *Institutiones* in D. 1. 1. 4 è la considerazione vista nelle *res cottidianae* di Gaio, ove si collegava a quanto affermato per gli animali selvatici, i pesci e gli uccelli sfuggiti alla cattività, anche il destino dei *captivi ex hostibus* che riescono a sfuggire dalla *potestas hostium* (D. 41, 1, 7 pr.: *Adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem deducantur: qui tamen, si evaserint hostium potestatem, recipiunt pristinam libertatem.*). Per Gaio, però, l’accostamento tra l’*in naturalem se libertatem recipere* degli animali selvatici e il *pristinam libertatem recipere* dei *liberi homines ducti in servitutem* resta funzionale comunque a segnare il momento di estinzione del dominio sull’animale e della *potestas hostium* sugli uomini e pur sempre all’interno del *ius gentium*, cioè quel diritto comune a tutti gli uomini fondato sulla *ratio naturalis*, mentre in Ulpiano la *libertas naturalis* diventa funzionale alla contrapposizione tra *ius gentium* e *ius naturale* per una qualifica in ogni caso percepita in termini di contemporaneità anche rispetto al *servus*. In buona sostanza, mentre nella prospettiva di Gaio la contrapposizione tra *captivitas* e *libertas* non è giuridicamente sovrapponibile, nemmeno sul piano della libertà naturale, in Ulpiano la libertà naturale è qualificazione insopprimibile di qualsiasi essere umano, anche di chi sia sul piano del *ius gentium* un *servus*.²⁸

Tale salto concettuale è confermato per altro per Ulpiano anche sul piano della *servitus ex iure civili*, come dimostra Ulp. l. 43 ad Sab. D. 50, 17, 32 (*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*). Il diritto naturale che, sempre secondo Ulpiano nello stesso libro delle *Institutiones* (D.1.1.1.3), è *quod natura omnia animalia docuit*, un diritto cioè non esclusivo del genere umano, ma comune agli *animalia* umani e non umani, conterrebbe comportamenti naturali, come la *coniunctio maris atque feminae*, la *procreatio liberorum* e addirittura l’*educatio*. Il quadro dei possibili contenuti del diritto naturale (quale *ius, quod natura omnia animalia docuit*) sembrerebbe arricchirsi, nella prospettiva del giurista severiano e nel contesto diverso del diritto dedicato alle *personae*, di un nuovo esempio, quello della *libertas naturalis* che tutti gli esseri umani – in comune con tutti gli animali che vivono sulla terra, in cielo e nel mare – avrebbero fin dalla nascita (*utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur*)²⁹, stato di natura sul quale poi si sarebbe sovrapposta, per gli esseri umani, la *summa divisio* tra liberi e schiavi propria invece del *ius gentium*, e per gli animali, la distinzione “elastica” tra *ferae bestiae*, *bestiae mansuefactae* e *bestiae domesticae*, rilevante sul piano dei modi di acquisto del dominio secondo il *ius gentium*³⁰. Altri ambiti di contenuto sono l’*obligatio naturalis* e la *possessio naturalis*.

Il ricorso alla *libertas naturalis*, quindi, è funzionale nelle *Institutiones* ulpianee all’individuazione di contenuti del *ius* ascrivibili in una tripartizione degli ambiti così individuati con le categorie del *ius naturale*, del *ius gentium* e del *ius civile*, tentativo sistematico innovativo rispetto al modello gaiano sia delle *Institutiones* (*ius civile* e *ius gentium*) che delle *res cottidianae* (*ius civile*, *ius gentium*) e non seguito poi dalle *Institutiones* imperiali che, pur accogliendo la tripartizione ulpianea (I. 1.2. pr.-2), attraggono nello *ius gentium* lo *ius naturale*, in una accezione statica più vicina a quella di Paolo (Paul. 14 ad Sab. D.1.1.11: *...quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*; I. 1.2.11: *sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quidem providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent*).

Non è un caso che l’unico luogo dove la contrapposizione tra *ius naturale* e *ius gentium* resti valido sul piano del discorso delle *Institutiones* imperiali sia appunto quello specifico della libertà naturale (I. 1. 2. 2: *ius*

²⁸ Si è parlato efficacemente di dichiarazione di “inesistenza” della schiavitù nel diritto naturale; TAFARO, S., *Ius hominum causa* cit., 167.

²⁹ Va posto in risalto il fatto che a differenza della prospettiva delle *res cottidianae* di Gaio, nella quale la libertà naturale è il momento finale di un ragionamento giuridico connesso alla perdita del dominio sugli animali selvatici e – in chiave di vicinanza problematica – i *captivi ex hostibus*, l’affermazione ulpianea di un *ius, quod natura omnia animalia docuit* non evidenzia alcun profilo di specificità distintiva tra gli animali selvatici e quelli domestici. Il punto è sembrato poter riflettere – sul presupposto che la *libertas naturalis* sia riconosciuta fra gli animali solo alle *ferae bestiae* (ma sul punto vd. la mia diversa prospettiva supra n. 6) – una possibile perplessità di Ulpiano, relativa ad una ampiezza del *ius naturale* non limitata agli animali selvatici; vd. TALAMANCA, M., *L’antichità e i ‘diritti dell’uomo’* cit., 75 (“se il giurista severiano avesse riconosciuto la ‘libertà naturale’ anche agli animali domestici ed agli schiavi che non erano *hostes* catturati in guerra, ciò avrebbe dovuto, secondouna coerenza sistematica, comportare l’estensione ad essi del regime delle *ferae bestiae* e degli *hostes*: il che era ovviamente impossibile. D’altro lato, restava astrattamente aperta la strada di procedere anche nell’ambito del *ius naturale* alla distinzione tra *ferae bestiae* ed animali domestici, ma in questo modo ci si veniva a trovare in un’altra impasse: se tutti gli uomini godevano della *libertas naturalis* sul piano del *ius naturale*, in quanto *animalia* (dacché, in quantouomini, la distinzione fra *liberi* e *servi* era universalmente riconosciuta, essendo fondata sul *ius gentium*), ciò avrebbe portato a negare la *libertas naturalis* agli schiavi nati in servitù, se agli animali domestici tale *libertas* fosse negata.”).

³⁰ Parla di elasticità della distinzione ONIDA, P.P., *Studi sulla condizione degli animali non cit.*, 198 ss., con ampi approfondimenti e bibliografia sul punto.

autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae).

La dottrina negli ultimi decenni ha avuto l'indubbio merito di avere approfondito il contesto culturale nel quale la dottrina ulpiana del diritto naturale viene a maturare³¹, evidenziandosi la circolazione di idee analoghe sia nel dibattito tra le scuole filosofiche³², sia l'esistenza di *topoi* retorici nei quali l'affermazione della libertà naturale degli esseri umani era ricorrente propri in relazione alla realtà della schiavitù³³.

I risultati di tali importanti approfondimenti, che coinvolgono, per altro, la stessa costruzione ulpiana della categoria di *ius naturale*, illuminano a mio modo di vedere il significato della stessa affermazione del concetto di *ius naturale* quale *ius, quod natura omnia animalia docuit*. Non v'è dubbio che il tema della libertà naturale degli animali selvatici nell'ambito specifico dei modi di perdita del *dominium* in caso di loro fuga dalla custodia umana, aveva una solida tradizione nel sapere giuridico e ad essa già da tempo, come abbiamo visto nelle *res cottidianae* di Gaio, si paragonava la condizione degli *homines liberi* catturati dai nemici ed evasi dalla *potestas hostium*.

Penso, però, che si possa andare oltre e cogliere anche la ricaduta giuridicamente rilevante dell'affermazione della libertà naturale di tutti gli esseri umani in Ulpiano, ricaduta che non opera sul piano dell'azionabilità della condizione di libero per natura così riconosciuta al *servus* (così come per altro accade per altri istituti giuridici qualificati come naturali), ma che non esclude che ad essa – almeno nella prospettiva ulpiana – non si colleghino possibili effetti giuridici³⁴.

In sostanza, Ulpiano attraendo nella sua nozione di *ius naturale* la *libertas naturalis* degli *homines* non individua soltanto, in chiave descrittiva, un nuovo ambito comune di *ius* di tutti gli esseri animali, umani e non, *quod natura docuit*, ma ribalta anche il senso del concetto di *libertas naturalis* elaborato specificatamente per risolvere il problema giuridico dell'acquisto e della perdita del dominio sugli animali selvatici catturati, problema tradizionalmente trattato nell'ambito del *ius gentium*, e accostato alla diversa ipotesi degli *homines liberi deducti in servitutem* come preda bellica. Per Ulpiano, a differenza di Gaio, l'evasione dalla *potestas hostium* ed il raggiungimento della libertà da parte dello schiavo non sarebbe cioè tanto l'effetto giuridico connesso ad un ragionamento di similitudine con il regime giuridico degli animali selvatici, quanto la ragione

³¹ Vd. l'efficace quadro di SCHIAVONE, S., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* (Torino 2005) 390 ss.

³² Al riguardo, importante quanto emerge nel filosofo (ex-schiavo) Epitteto (50-55 d.C.-120/130 d.C.); Epict. *Diss.* 4,24 -30: [24] ... Σκέψαι δ' ἐπὶ τῶν ζῴων, πῶς χρώμεθα τῇ ἐννοίᾳ [25] τῆς ἐλευθερίας. λέοντας τρέφουσιν ἡμέρους ἐγκλείσαντες καὶ σιτίζουσιν καὶ κομίζουσιν ἔνιοι μεθ' αὐτῶν. καὶ τίς ἐρεῖ τοῦτον τὸν λέοντα ἐλευθερον; οὐχὶ δ' ὅσῳ μαλακώτερον διεξάγει, τοσούτῳ δουλικώτερον; τίς δ' ἂν λέων αἰσθῇσιν καὶ λογισμὸν λαβὼν βούλοιοτο τούτων τις [26] εἶναι τῶν λεόντων; ἄγε, τὰ δὲ πτηνὰ ταῦτα ὅταν ληφθῇ καὶ ἐγκεκλειμένα τρέφεται, οἷα πάσχει ζητοῦντα ἐκφυγεῖν; καὶ ἐνία γε αὐτῶν λιμῷ διαφθείρεται μᾶλλον ἢ [27] ὑπομένει τὴν τοιαύτην διεξαγωγὴν, ὅσα δ' οὖν διασφάζεται, μόγις καὶ χαλεπῶς καὶ φθίνοντα, κἂν ὅλως εὖρη τι παρεωγμένον, ἐξεπήδησεν. οὕτως ὁρέγεται τῆς φυσικῆς ἐλευθερίας καὶ τοῦ αὐτόνομου καὶ ἀκόλυτα εἶναι. [...] [29] [...] διὰ τοῦτο ἐκεῖνα μόνα ἐροῦμεν ἐλεύθερα, ὅσα τὴν ἄλῳσιν οὐ φέρει, ἀλλ' ἅμα τε ἑάλω καὶ ἀποθανόντα [30] διέφυγεν. οὕτως καὶ Διογένης που λέγει μίαν εἶναι μηχανὴν πρὸς ἐλευθερίαν τὸ εὐκόλως ἀποθνήσκειν, καὶ τῷ Περσῶν βασιλεῖ γράφει ὅτι 'τὴν Ἀθηναίων πόλιν καταδουλώσασθαι οὐ δύνασαι· οὐ μᾶλλον', φησὶν, 'ἢ τοὺς ἰχθύας'. (trad. it. [24] ... Consideriamo ora nel caso degli animali, come impieghiamo la nozione [25] di libertà. Gli uomini tengono chiusi i leoni domestici e li nutrono, e alcuni li prendono in giro; e chi dirà che questo leone è libero? Non è forse il fatto che più vive a proprio agio, tanto più è in una condizione servile? e chi se avesse la percezione e la ragione vorrebbe [26] essere uno di questi leoni? Bene, questi uccelli quando vengono catturati e tenuti zitti, quanto soffrono nei loro tentativi di fuga? e alcuni di loro muoiono di fame piuttosto [27] che sottomettersi a un tale tipo di vita. E come molti di loro come vivono, vivono appena e con sofferenza; e se mai trovano un'apertura, fuggono. Tanto desiderano la loro libertà naturale, e di essere indipendenti e liberi da ostacoli. ...[29] ... Per questo motivo diremo che quegli animali sono talmente liberi che non possono resistere alla cattura, e che, non appena catturati, con la morte [30] scappano dalla prigionia con la morte. Quindi Diogene dice che c'è un modo per la libertà, e cioè morire: e scrive al re persiano: "Non puoi schiavizzare lo stato ateniese più di quanto tu possa schiavizzare i pesci").

Sul dibattito tra scuola stoica (visione antropocentrica) ed epicurea (visione biocentrica), vd. TUTRONE, F., 'Vox naturae'. *The myth of Animal Nature in the Late Roman Republic*, in AA.VV., *Animals in Greek and Roman Religion and Myth* (Cambridge-Newcastle 2016) 51-74. Sul rapporto tra teorie filosofiche e definizione ulpiana importante, MAROTTA, V., *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, in AA.VV., *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di SCHIAVONE, A.–MANTOVANI, D. (Pavia, 2007) 563-601.

³³ Sul punto vd. MANTOVANI, D., *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura nella Declamatio maior XIII*, in AA.VV., *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di SCHIAVONE A. - MANTOVANI D. (Pavia 2007) 323 ss., in particolare sul *topos* retorico della libertà naturale dell'uomo (359-363). A conclusione dell'attenta disamina, Dario Mantovani conclude nel seguente modo: "Letta alla luce della *Declamatio maior XIII. Quid autem non liberum natura genuit?*, la dichiarazione *cum iure naturali omnes liberi nascerentur* che risuona in età severiana in Ulp. 1 *inst.* D. 1. 1. 4 perde quell'audacia quasi iconoclasta che spesso le si attribuisce (se non fosse, come poi ci si affrettava a precisare, che non ha portato a infrangere la schiavitù, perché la condizione di eguaglianza fu confinata al livello del *ius naturale*). Il confronto con la *Declamatio XIII* mostra *per tabulas* che l'affermazione di Ulpiano è l'ultimo anello di una lunga catena, che ce ne svela la natura di *topos*, il che spiega perché essa rimanga confinata sul piano del colore, senza intaccare il regime dell'istituto" (361-362).

³⁴ E ciò a prescindere dal fatto che – come è stato esattamente detto – l'attenzione ulpiana esprima in ogni caso una carica "critica... a un diritto positivo" ed evidenzii un limite profondo, quello cioè di essere incapace "di tradursi in un'autentica dottrina dei diritti umani"; A. SCHIAVONE, *Ius cit.*, 397. Si veda, peraltro, in che senso possa porsi il problema rispetto all'antichità, le giuste precisazioni metodologiche di TALAMANCA, M., *L'antichità e i 'diritti dell'uomo'* cit., 41-68.

giuridica stessa dell'effetto estintivo collegato alla libertà riconquistata. Gli uomini liberi, catturati dai nemici e condotti in schiavitù, riacquistano la piena libertà, evadendo dalla cattività nemica, proprio perché in qualità di *homines* titolari di una *libertas naturalis*.

Il discorso di Ulpiano, cioè, pone in chiave ribaltata la prospettiva propria che caratterizzava l'effetto giuridico della riacquisizione della libertà nel discorso dei giuristi precedenti. L'evasione dalla potestà nemica implica la riacquisizione della libertà naturale, perché gli esseri umani sono liberi per natura, e quindi dotati di una libertà innata che è simile a quella propria degli animali selvatici. Mentre la libertà civile è azionabile da parte dell'interessato con il ricorso all'*adsertor libertatis*, la libertà naturale non lo è, pur essendo, una volta riacquisita, riconosciuta e non contestabile. Così come l'*obligatio naturalis*, pur non essendo azionabile, se eseguita, è idonea causa del trasferimento patrimoniale realizzatosi e non è suscettibile di ripetizione, così la *libertas naturalis*, una volta che lo schiavo di guerra riesca ad evadere dalla *potestas hostium*, è condizione giuridica di libertà dell'uomo non contestabile. La sua non azionabilità processuale non deve impedire al giurista moderno di coglierne l'attrazione nell'alveo dei contenuti del *ius*.

La libertà naturale degli esseri umani rappresenta, da questa specifica prospettiva e fermo restando quanto la dottrina negli ultimi anni ha ben chiarito sul contesto filosofico-retorico-culturale di emersione dell'affermazione ulpiana, un concetto di impatto e di rilievo nell'ambito della nostra tradizione giuridica, come lo sarà il riconoscimento della condizione di persona umana da parte dei popoli indigeni nelle Americhe da parte di Francisco de Vitoria, o l'affermazione della *liberté* come motto rivoluzionario in Francia e la sua esatta comprensione nel dibattito post-rivoluzionario.

4. Conclusioni

Nei codici civili dell'Europa si è codificato un modello di diritto delle persone in una prospettiva 'individuale', attraverso la quale la persona fisica è presa in considerazione in modo astratto, come singolo individuo, del quale è qualificante l'aspetto giuridico della 'capacità' individuale di essere titolare di diritti e di doveri (c.d. capacità giuridica) e della 'capacità' individuale di compiere atti che producono effetti giuridici in quanto sostenuti da una volontà del soggetto che ha superato un grado di maturità intellettuale (c.d. capacità di agire).

La costruzione 'individualista' ha trovato massima espressione nel *System des heutigen römischen Recht* di Savigny (1840-1847), ove tutto il diritto privato è compiuto a sistema su il 'soggetto di diritto' (persona fisica e persona giuridica), 'oggetto di diritto', atto giuridico/negozio giuridico e rapporto giuridico. Da questa prospettiva unilaterale, era inevitabile la concentrazione dei profili rilevanti della persona per il diritto sulla capacità individuale della stessa di essere titolare di diritti e di doveri (capacità giuridica) e di compiere atti rilevanti per il diritto (capacità di agire)³⁵.

Anche a leggere, poi, il contenuto dei libri dei codici civili europei dedicati al diritto delle persone e a volte titolati anche 'della famiglia' non si avrà difficoltà a scorgere questa prospettiva individualista nella quale il ruolo della persona umana nella famiglia assume un significato marginale rispetto al ruolo della persona umana come soggetto individuale del diritto.

È una costruzione dogmatica ereditata dal diritto codificato del modello francese (*Code Napoléon* 1804) dalla poderosa costruzione giusnaturalista del *subiectum iuris* (XVII-XVIII sec.) e dal diritto codificato del modello tedesco (BGB 1900) dalla Pandettistica del XIX sec., scuole nelle quali, pur con metodi, prospettive ed esiti diversi, tutto il diritto privato è stato costruito grazie ad un poderoso processo di astrazione.

Al contrario, nel diritto romano la *persona* quale *homo* non è rappresentata in modo astratto, come individuo singolo, ma sempre come parte di un tutto, evidenziandosi un ruolo della persona nei gruppi sociali, dal più piccolo al più grande, in posizioni giuridiche differenziate. In diritto romano, cioè, i concetti moderni di capacità giuridica e di capacità di agire come esclusive prospettive di rilevanza del soggetto di diritto realizzano effetti fortemente distorsivi sui concetti genuinamente romani³⁶, in quanto la persona-*homo* è sempre percepita all'interno di specifici e concreti *status*, quali differenziate sfere di personalità giuridica in contesti comunitari. Le differenti condizioni giuridiche che la persona assume rispetto alla famiglia (*familia*), alla comunità di *cives* (*civitas*) e alla comunità di tutti gli uomini liberi (*libertas*) possono essere realmente comprese soltanto se – come ha ben evidenziato lo studioso a cui queste pagine sono dedicate – si rinuncia a guardare a questa realtà con l'occhiale deformante dell'unilaterale concetto di capacità dell'individuo e quindi,

³⁵ Su questi problemi, mi permetto di rimandare al mio, *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, in AA.VV., *Wie pandektistisch war die Pandektistik? Symposium 80. G. K. Luig*, a cura di HAFERKAMP, H.-P. – REPGEN, T. (Tübingen 2017) 83 ss.

³⁶ Fondamentale al riguardo CATALANO, P., *Diritto e persone. Studi su origine ed attualità del sistema romano* (Torino 1990) I, 216 ss.; IDEM, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, II (Napoli 2000) 97 ss.

nella prospettiva della libertà, dalla esclusiva idea delle libertà individuali.